

TRABALHADOR IMIGRANTE: AS REGRAS DE NACIONALIZAÇÃO DO TRABALHO E O DIREITO À IGUALDADE

Manoela Marli Jaqueira¹

RESUMO

A pesquisa em desenvolvimento compõe parte Projeto de Dissertação do Mestrado em Sociedade, Cultura e Fronteiras, onde se estuda as Relações de Trabalho na perspectiva dos Direitos Humanos e Direitos Fundamentais. O presente artigo tem como objetivo central analisar o regime jurídico do migrante, com ênfase nas relações de trabalho, e as regras da nacionalização do trabalho frente ao direito à igualdade. Para tanto, estuda-se o movimento migratório na perspectiva dos direitos humanos e direitos fundamentais; analisa-se a conceituação do direito à igualdade e suas repercussões sobre o regime jurídico do trabalhador migrante e identificam-se violações ao direito à igualdade nas relações trabalhistas envolvendo trabalhadores migrantes. A justificativa dessa temática se dá a partir da constatação da retomada de fluxos migratórios direcionados ao Brasil e, conseqüentemente, da problemática da concretização da dignidade da pessoa humana por meio da tutela do direito à igualdade e não-discriminação do trabalhador migrante. Adota-se como metodologia, a pesquisa bibliográfica e jurisprudencial na perspectiva dos direitos humanos e fundamentais.

Palavras-chave: Direitos Humanos, Direitos Fundamentais, Nacionalização do Trabalho.

ABSTRACT

Research on development makes up part of the Master Thesis Project on Society, Culture and Borders, where he studies the labor relations from the perspective of Human Rights and Fundamental Rights. This article is mainly aimed to analyze the legal regime of the migrant, with emphasis on labor relations, and the rules of the nationalization of the front work the right to equality. Therefore, we study the migratory movement from the perspective of human rights and fundamental rights; analyzes the concept of the right to equality and its impact on the legal framework of migrant workers and identifies violations of the right to equality in labor relations involving migrant workers. The justification of this theme starts from the observation of the resumption of migration flows directed to Brazil and, consequently, the problem of realization of human dignity through the protection of the right to equality and non-discrimination of migrant workers. Is adopted as methodology, literature and jurisprudence research from the perspective of human rights and fundamental rights.

Key words: Human Rights, Fundamental Rights, Nationalization of Labor.

¹ Graduada em Direito pela Universidade Estadual do Oeste de Paraná, cursando Mestrado no curso de pós-graduação em Sociedade, Cultura e Fronteiras pela Universidade Estadual do Oeste de Paraná com bolsa de estudo CAPES (Coordenação de Aperfeiçoamento Pessoal de Nível Superior) participante do grupo de pesquisa, Sociedade, Trabalho e Educação.

Introdução

O presente texto tem como objetivo apresentar os resultados parciais do projeto de Dissertação, que estuda as Relações de Trabalho na perspectiva dos Direitos Humanos e Direitos Fundamentais, o qual levanta a questão do trabalhador migrante no Brasil com ênfase no direito à igualdade. Essa pesquisa vincula-se ao Grupo de Pesquisa sobre Estado, Sociedade, Trabalho e Educação da Universidade Estadual do Oeste do Paraná.

Para contextualizar a questão do trabalho e dos movimentos migratórios, analisou-se inicialmente o papel das migrações no Brasil e sua importância para as relações de trabalho, com ênfase na denominada economia globalizada.

É neste contexto que se apresenta a discussão a respeito da recepção das disposições normativas contidas na CLT a respeito da nacionalização do trabalho a luz dos direitos fundamentais, especificamente do direito à igualdade e à não discriminação.

A análise proposta é feita a partir de estudo bibliográfico, que compreende livros, artigos científicos e decisões judiciais dos tribunais. Também se toma como base para os estudos a Constituição Federal da República Federativa do Brasil, tratados internacionais e leis infraconstitucionais.

1. Direito do trabalhador migrante na perspectiva constitucional

Primeiramente cabe contextualizar o vocábulo trabalho. Este está diretamente ligado às atividades humanas, é rotineiro na sociedade e se faz tão necessário não só para a sobrevivência, mas também para a dignidade do ser humano. Evaristo Moraes Filho conceitua trabalho com destaque para seu caráter cooperativo e para sua função social da seguinte maneira:

Todo trabalho humano é, desde os tempos primitivos e por definição, um fato coletivo, sendo a cooperação sua nota característica e essencial. Uns dependem dos outros, as tarefas se realizam através da armação de um mosaico, fragmentário a princípio. (FILHO, 2010, p. 17)

O conceito do vocábulo trabalho proposto por este autor preceitua, com ênfase, a relevância do trabalho para a coletividade. Desta forma o trabalho se faz útil para o desenvolvimento do planeta, assim como para a essência do indivíduo.

Em relação ao direito à igualdade, a Constituição da República Federativa do Brasil, em seu preâmbulo, traz a previsão do direito à igualdade, salientando o repúdio ao preconceito². Ainda o direito à igualdade encontra-se em diversos artigos da Constituição Federal, como princípio fundamental no artigo 3.º, incisos

² Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a **igualdade** e a justiça **como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos**, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. **(grifo nosso)**

I e IV³; e como direito fundamental no artigo 5.^o, *caput* e incisos I ⁴. E mais, especificamente, sobre relações de trabalho e igualdade, tem-se também o artigo 7.^o incisos XXX e XXXI⁵.

A respeito da previsão e reconhecimento constitucional do direito à igualdade, José Afonso da Silva disserta o seguinte:

(...)A Constituição de 1988 abre o capítulo dos direitos individuais com o princípio de que *todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza* (art. 5.^o, *caput*). Reforça o princípio com muitas outras normas sobre a igualdade ou buscando a igualização dos desiguais pela outorga de direitos sociais substanciais.(SILVA, 2009, p. 29)

Especificamente sobre o estrangeiro, o *caput* do art. 5.^o, conforme interpretação doutrinária e jurisprudencial prevalecente estende ao estrangeiro também a titularidade de direitos fundamentais.

Ressalte-se que o direito à igualdade é amplamente resguardado pela Constituição Federal. Entretanto, isso não quer dizer que os seres humanos não possuam diferenças e que o significado da igualdade limita-se ao tratamento jurídico formalmente uniforme. Há uma compreensão equivocada em relacionar igualdade com ausência de diferenças. A partir dessa perspectiva se faz essencial pensar na construção da identidade do ser humano de forma coletiva e individual. Acerca dessa identidade Luciana Caplan disserta:

Construída, reconhecida e respeitada a identidade de cada sujeito, por si e inserido na coletividade, torna-se possível o estabelecimento de relações igualitárias, obtendo-se, dessa maneira, num plano concreto, o que se convencionou chamar de igualdade material. (CAPLAN, 2010, p. 33)

Quanto à migração no mundo globalizado e em especial a ocorrência nas sociedades ocidentais, tem-se a observação de Francisco das C. Lima Filho:

O fenômeno migratório sempre existiu, porém tem se feito cada vez mais presente no mundo globalizado. São milhões de pessoas que migram dos países pobres para os ricos quase sempre a procura de trabalho e de melhores

³ Artigo 3.^o - Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I – contruir uma sociedade livre, justa e solidária;

(...)

IV – promover o bem de todos, sem preconceito de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Artigo 5.^o - Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

I-homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição;

⁴ Artigo 5.^o - Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

I-homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição;

⁵ Artigo 7.^o - são direitos dos trabalhadores rurais e urbanos, além de outros que visem à melhoria de sua condição social;

XXX – proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência;

XXXI – proibição de qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência;

condições de vida, não raras as vezes fugindo de perseguições políticas, religiosas, de guerras, da fome, etc, o que demonstra que na atualidade o fenômeno migratório é uma realidade compartilhada por praticamente todas as sociedades ocidentais. (FILHO, 2010, chap.2)

Deisy Ventura e Paulo Ellis identificam, especificamente no caso do migrante e do Direito, a existência de uma situação dual em relação a condição jurídica destes imigrantes nos seguintes termos:

Há essencialmente dois enfoques no modo como os governos tratam os imigrantes: como trabalhadores ou como estrangeiros. Se a condição de trabalhador evoca os direitos humanos – em particular, os direitos sociais, políticos e culturais –, o rótulo de estrangeiro pode trazer estranhamento ou até hostilidade. Na prática, as abissais desigualdades na distribuição da riqueza mundial, a subsistência ou o agravamento de numerosos conflitos armados, e, mais recentemente, as mudanças climáticas, fazem com que o fenômeno migratório deva-se, sobretudo, à busca de trabalho e de vida digna. (VENTURA; ILLES, 2010, chap 1)

É neste ponto de vista dual, que se insere a problemática da dimensão jurídica do trabalhador migrante. De um lado, tem-se a afirmação de que a admissão e permanência do imigrante em determinado território consiste em prerrogativa soberana do Estado, garantida pelo princípio da auto-determinação coletiva e consubstanciada através de normas jurídicas próprias. De outro, valores afirmados no plano do Direito Internacional e Constitucional relativos à dignidade humana que deveriam ser respeitados pelos Estados independentemente de critérios de nacionalidade ou de entrada regular do estrangeiro, dentre estes o direito à igualdade e à não discriminação.

2. O trabalhador migrante sob a ótica das normas internacionais

Especificamente a respeito dos migrantes, tratados internacionais, em uma perspectiva de direitos humanos, tem por objeto esses fluxos de pessoas, inclusive no que diz respeito ao direito à não discriminação.

Constrói-se, dessa forma, a problemática do confronto entre o regime jurídico do migrante elaborado por cada Estado e a discussão sobre a admissibilidade da nacionalidade como um critério que diferencia (discrimina) o trabalhador.

A respeito da não discriminação do trabalhador migrante, observa-se o artigo 7.º da Convenção Internacional sobre A Proteção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e dos Membros das suas Famílias da ONU, ainda não ratificada pelo Brasil, que trata justamente da garantia de oportunidades e respeito ao migrante e sua família pelo Estado parte:

Os Estados Partes comprometem-se, em conformidade com os instrumentos internacionais relativos aos direitos humanos, a respeitar e a garantir os direitos previstos na presente Convenção a todos os trabalhadores migrantes e membros da sua família que se encontrem no seu território e sujeitos à sua jurisdição, sem distinção alguma, independentemente de qualquer consideração de raça, cor, sexo, língua, religião ou convicção, opinião política ou outra, origem nacional, étnica ou social, nacionalidade, idade, posição econômica, patrimônio,

estado civil, nascimento ou de qualquer outra situação. (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1990, p. 4)

Ademais, outro documento internacional de grande importância que até a presente data não foi ratificado pelo Brasil⁶ é a Convenção n.º 143 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), que tem papel importante para a defesa dos direitos do trabalhador migrante, e que se ratificada seria um avanço na proteção dos direitos trabalhista do migrante e um passo a caminho da não-discriminação, resguardando seus direitos de um trabalho digno e favorecendo a igualdade de oportunidade e tratamento.

Acerca da garantia de igualdade ao trabalhador migrante cabe salientar o texto da Convenção n.º 143 da OIT:

Artigo 10 - Os membros para os quais a presente Convenção esteja em vigor comprometem-se a formular e a aplicar uma política nacional que se proponha promover e garantir, por métodos adaptados às circunstâncias e aos costumes nacionais, a igualdade de oportunidades e de tratamento em matéria de emprego e de profissão, de segurança social, de direitos sindicais e culturais e de liberdades individuais e coletivas para aqueles que se encontram legalmente nos seus territórios na qualidade de emigrantes ou de familiares destes.

Acerca da isonomia do migrante em relação ao nacional Cristiane Maria Sbalqueiro Lopes argumenta:

A nacionalidade estrangeira de um determinado imigrante não deveria ser, *a priori*, tomada como uma situação que o exclui da sociedade em que vive, dependendo as igualações de previsão legal. A isonomia deveria ser pressuposta, razão pela qual a eventual desigualação, por excepcional, deveria estar prevista em lei. (LOPES, 2009, p. 460)

A autora propõe o direito de igualdade como um ideal a ser conquistado, que deve partir de uma reestruturação em diversas áreas, para derrubar as barreiras que impedem que os migrantes tenham a mesma condição de trabalho. Como a própria autora diz “trata-se de combater as desigualdades estruturais da sociedade (...)” (LOPES, 2009, p. 461).

Apesar da polêmica e do embate de concepções políticas relacionadas a essa questão, tem-se observado uma evolução nos mecanismos que garantem esse direito. Um mecanismo regional de proteção ao trabalhador migrante que se pode citar é a Declaração Sócio-Laboral do MERCOSUL que a respeito do trabalhador migrante e fronteiriço e do direito à igualdade dispõe o seguinte:

Artigo 4.º, 1 - Todo trabalhador migrante, independentemente de sua nacionalidade, **tem direito à ajuda, informação, proteção e igualdade de direitos e condições de trabalho reconhecidos aos nacionais do país em que estiver exercendo suas atividades**, em conformidade com a legislação profissional de cada país. (grifo nosso).

3. O Direito do Trabalho brasileiro e a nacionalização do trabalho

⁶ Convenções não ratificadas. Disponível em: http://www.oit.org.br/content/convention_no . Acesso em 11 de março de 2015.

Preliminarmente cabe ressaltar alguns aspectos históricos acerca da nacionalização do trabalho para que se possa entender melhor este processo de construção de normas jurídicas. Na época de Getúlio Vargas se promulgou a denominada “lei dos dois terços” (Decreto n.º 19.482/1930). Acerca dessa lei Sérgio Pinto Martins disserta “Getúlio Vargas, na época, levantava a bandeira contra exploradores estrangeiros. A lei dos dois terços serviu como dividendo políticos contra aquelas pessoas”. (PINTO, 2005, p. 127)

O Decreto n.º 19.482/1930 estabelecia que as empresas deveriam empregar dois terços de trabalhadores nacionais em seu quadro de funcionário, tendo em vista que a maioria dos funcionários na época eram imigrantes.

Diante dessa lei, pode-se observar que há previsão dessa proporcionalidade de dois terços atualmente na CLT em seu artigo 352:

Art. 352 - As empresas, individuais ou coletivas, que explorem serviços públicos dados em concessão, ou que exerçam atividades industriais ou comerciais, são obrigadas a manter, no quadro do seu pessoal, quando composto de 3 (três) ou mais empregados, uma proporção de brasileiros não inferior à estabelecida no presente Capítulo.

É necessário observar esta proporcionalidade na empresa e em cada um de seus estabelecimentos individualmente como versa o art. 354 da CLT:

Art. 354 - A proporcionalidade será de 2/3 (dois terços) de empregados brasileiros, podendo, entretanto, ser fixada proporcionalidade inferior, em atenção às circunstâncias especiais de cada atividade, mediante ato do Poder Executivo, e depois de devidamente apurada pelo Departamento Nacional do Trabalho e pelo Serviço de Estatística de Previdência e Trabalho a insuficiência do número de brasileiros na atividade de que se tratar.

Parágrafo único - A proporcionalidade é obrigatória não só em relação à totalidade do quadro de empregados, com as exceções desta Lei, como ainda em relação à correspondente folha de salários.

A respeito da proporcionalidade Sérgio Pinto Martins diz que é uma medida para proteção do brasileiro nato, naturalizado ou equiparado, tendo em vista a ameaça de contratação pelas multinacionais de trabalhadores estrangeiros, que de certa forma como já exposto acabam não tendo seus direitos trabalhistas equiparados aos nacionais. (PINTO, 2005, p. 127)

No que tange a equiparação salarial, a CLT traz previsão acerca da proteção do trabalhador brasileiro, a fim de evitar desigualdade salarial para com o trabalhador estrangeiro. Desta forma o artigo 358 da CLT trata de equiparação por analogia:

Art. 358 - Nenhuma empresa, ainda que não sujeita à proporcionalidade, poderá pagar a brasileiro que exerça função análoga, a juízo do Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio, à que é exercida por estrangeiro a seu serviço, salário inferior ao deste, excetuando-se os casos seguintes: (...)

Sérgio Pinto Martins acerca deste artigo previsto na CLT disserta o seguinte “O art. 358 da CLT não traz prejuízo ao estrangeiro, apenas aumenta o direito dos empregados brasileiros”. (PINTO, 2005, p. 128).

Ante ao exposto, observa-se que a CLT tutela a proteção do mercado de trabalho para o trabalhador brasileiro, nato ou naturalizado, em detrimento ao trabalhador estrangeiro.

Por outro lado, conforme observa Maurício Godinho Delgado, a Constituição Federal de 1988, em seu art. 5º caput estabelece que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza”, garantindo-se não apenas aos brasileiros, mas também aos estrangeiros direitos fundamentais. Dessa forma, segundo o autor, o texto constitucional retoma o parâmetro antidiscriminatório da nacionalidade adotado na Constituição de 1946 e suprimido nas que lhe seguiram. (DELGADO, 2011, p. 760)

Nessa perspectiva, Delgado afirma categoricamente que as disposições contidas na CLT a respeito da nacionalização do trabalho não podem ser consideradas como recepcionadas pela vigente ordem constitucional. (DELGADO, 2011, p. 760)

No mesmo sentido tem-se a análise de Gustavo Filipe Barbosa Garcia, o qual destaca que tais dispositivos celetistas são incompatíveis com uma ordem jurídica de um Estado Democrático de Direito, norteado pela dignidade da pessoa humana e pelo pluralismo. (GARCIA, 2012, p. 1048).

E ainda, o autor analisa e afirma o caráter discriminatório das regras sobre nacionalização do trabalho, com base nos seguintes argumentos:

Não mais se coaduna com o princípio da razoabilidade querer estabelecer reservas e privilégios de trabalho em ao nacional, em detrimento do empregado estrangeiro, gerando inaceitável idéia de pessoa de “categoria” ou “posição” inferior, sem os mesmos direitos, sem igualdade de condições, resultando em injustificada discriminação quanto à nacionalidade, o que em última análise pode gerar desarmonia, intolerância e conflito social. (GARCIA, 2012, p. 1049)

Contraria a visão de que os artigos da CLT não foram recepcionados pela Constituição, tem-se a autora Cristiane Maria Sbalqueiro Lopes, que diz ser um desafio compatibilizar o princípio da preferência do nacional em relação ao trabalhador migrante com o princípio da igualdade, desta forma a autora disserta:

Ora, preferência e não-discriminação são realmente duas palavras com significado oposto. Por isso, a questão não pode ser colocada nestes termos, já que a opção por um dos termos excluirá o outro. (LOPES, 2009, p. 590)

Ainda de acordo com a autora, o Estado tem legitimidade para conservar seu mercado de trabalho, bem como seu próprio sistema econômico, desta forma estaria protegendo o país dando preferência ao trabalhador nacional. (LOPES, 2009, p. 590).

Como se pode observar objetivo da pesquisa é analisar o regime jurídico do migrante, com ênfase nas relações de trabalho, e as regras da nacionalização frente ao direito à igualdade, estas como se pode observar ainda é questão controversa no direito brasileiro.

Conclusões

Conforme o analisado trabalhador migrante tem direito de igualdade quando a questão é trabalho, tem direito as garantias laborais dos nacionais que estão previstas na Constituição Federal, ressaltando que trata-se do migrante

regular no país, no entanto, muitas vezes o governo cria mecanismos para individualizar esse trabalhador. A nacionalização do trabalhador é um desses mecanismos, que por sua vez ainda é questão controversa na doutrina devido a existência de teses antagônicas sobre a recepção das regras de nacionalização do trabalho pela Constituição Brasileira. Esta divergência de posicionamento gera resistência na ratificação de alguns tratados internacionais que preveem garantias fundamentais e respeito ao trabalhador estrangeiro como é o caso da Convenção n.º 143 da OIT ratificada por poucos países.

Referências

CAPLAN, Luciana. Direito Humano e Direito do Trabalho. São Paulo: Atlas, 2010.

Delgado, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**, LTR, 2011

FILHO, Evaristo de Moraes; MORAES, Antonio Carlos Flores de. Introdução ao Direito do Trabalho. 10.ª Ed. LFR: São Paulo – 2010.

GARCIA, Gustavo Filipi Barbosa. **Curso de Direito do Trabalho**. Forense, 2012,

LIMA FILHO, Francisco das C.. Trabalhador migrante fronteiriço. Disponível em [HTTP://www.abdir.com.br/doutrina/ver.asp?art_id=1461&categoria=](http://www.abdir.com.br/doutrina/ver.asp?art_id=1461&categoria=) Acesso em: 3 de março de 2015.

LOPES, Cristiane Maria Sbalqueiro. Direito de Imigração: O Estatuto do Estrangeiro em uma perspectiva de direitos humanos. Porto Alegre: Núria Fabris Ed. 2009.

MARTINS, Sérgio Pinto. Direito do Trabalho. 21.ª edição. Atlas: São Paulo, 2005.

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 32.ª Ed. Malheiros: São Paulo – 2009.

VENTURA, Deisy; ILLES, Paulo. Estatuto do estrangeiro ou lei de imigração? **Le monde diplomatique Brasil**. Publicado em 10 de agosto de 2010. Disponível em: <http://www.diplomatique.org.br/artigo.php?id=744>. Acesso em: 24 de março de 2015.

Convenções não ratificadas. Disponível em: http://www.oit.org.br/content/convention_no. Acesso em 15 de março de 2015.

Declaração Sócio-Laboral do MERCOSUL. Disponível em: www.mte.gov.br/fsm/declaracao_pt.pdf. Acesso em 11 de março de 2015.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Convenção Internacional sobre a Proteção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e dos Membros das suas Famílias. Disponível em: <http://www.oas.org/dil/port/1990%20Conven%C3%A7%C3%A3o%20Internacio>

nal%20sobre%20a%20Protec%C3%A7%C3%A3o%20dos%20Direitos%20de%
20Todos%20os%20Trabalhadores%20Migrantes%20e%20suas%20Fam%C3
%ADlias,%20a%20resolu%C3%A7%C3%A3o%2045-
158%20de%2018%20de%20dezembro%20de%201990.pdf. Acesso em 23 de
março de 2015.